

由議會政治論公民投票與憲法審判權之關係

Parlamentarismus zwischen Volksbegehren und Verfassungsgerichtsbarkeit

主講人：德國聯邦憲法法院法官 *Peter M. Huber* 教授

世新大學黃相博助理教授

I. 受壓抑的議會制?

這一個題目，由議會政治論公民投票與憲法審判權之關係，暗示了代議民主間的緊張關係，代議民主的中心在國會，在議會制形成其重要的政治決策，一邊是公民投票亦即直接民主，另一邊是憲法審判權。這意味著，議會制處於一種困境，因為直接民主與憲法審判權在某程度上互相競爭，而人民和憲法法院是國會的競爭對手。在此同時又有人指責，自德國的憲法史上對議會制著名的蔑視，從 2010 年代開始再度捲土重來，直接民主、過度的違憲審查與議會制，有意或無意的出現爭論的情勢。

要公正的去談論議會、直接民主和憲法審判權這三者，是有困難的，因為議會制懷疑論通常理直氣壯地引起負面的反應。當然也很容易誇大了對批評者的批評，而證實為對議會制幫了倒忙。即使在其他的，通常是比較古老的民主，議會運作無疑是最好的，且對於「政治階級」的判斷（成見）跟在德國的幾乎沒有不同。現實主義、建設性的批評和當代發展的開放性，必須不因此導致削弱議會制，即便他們的目標在於改變，但從政治參與者的角度，這些改變看起來並沒有吸引力。

II. 作為「民主中心」的議會 - 期望與現實

1. 憲政體制結構的議會中心化

a) 理論基礎

對於一般的議會質疑論，是沒有任何理由的。相反的：基本法規定議會作為「民主中心」¹，判例和學說加強這樣的論點，而且逐步的擴大。

¹ Formulierung von *P. Kirchhof*, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: FS Badura, 2004, S. 237 ff.

aa) 我們從基本法註釋書、教科書、專論和其它出版物，知道議會作為民主的中心與重心。他是唯一擁有直接民主正當性的憲法機關，並且履行了遠遠超越其它憲法機關所期待的功能：整體公權力的適法功能、總理的創設功能、（間接的）聯邦政府、聯邦憲法法官²，和其它憲法機關，特別是對行政的控制功能、立法功能、整合功能，和其它更多。沒有任何其它一個憲法機關，像議會一樣，將我們的體制結構功能中如此多的核心功能劃歸給他。

bb) 對於這些憲法上的結果，仔細觀察也有很多原因。早從帝國時期，我們就體認到依法行政是我們行政法體系的主軸。基本法第 20 條第 3 項確立，無論如何依法行政是形式意義上法治國原則最古老的部分，實際上甚至可能是最重要的部分。在公共任務或手段等等定義下的高權，必須遵守法律優位原則，同時法律保留則負責，侵害自由和財產必需有議會的同意³。就此而言，在公民與國家之間的法律關係中，議會可以說是立於樞紐地位。

在 1970 年代眾所周知的所謂重要性理論的概念被聯邦憲法法院進一步發展⁴。儘管至今沒有人確實知道，什麼是真的「重要」，最終重要的是，什麼是聯邦憲法法院認為重要的。但是，對於一個共同生活社會很重要的問題應握於立法者手中，這樣一個想法，從基本法的體制結構來看是可以理解的，並且強調應以議會作為民主中心理解之。在這個基礎上，舊的法治國概念的法律保留可以擴展為民主的支柱，而且也可以傳播到德國以外的地區。

cc) 預算法作為議會最古老的法律也完全屬於這個領域。國家預算不僅只是經濟計劃，同時也是法律形式的國家高權。基本法第 110 條第 2 項第 1 句對預算的規定，基本法第 115 條規定保證和擔保須有特別的法律保留，並藉此確保今天政治首要處理的事項，資源分配和透過資金分配確定政策重點，是由議會所掌握。「因此預算案是有關經濟負擔和國家授予利益的決定，概念政治決策的地方。⁵」

² BVerfG, NVwZ 2012, 967 ff.

³ E. Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, 4/12 ff.

⁴ BVerfGE 33, 1 <10 ff. > – Strafgefangenen; 33, 125 <158 ff.> – Facharzt; 33, 303 <337 f.> – NC; 41, 251 <260>; 45, 400 <417 f.>; 47, 46 <78 f.>; 116, 24 <58>.

⁵ BVerfGE 130, 318 <343 f.> unter Hinweis auf BVerfGE 123, 267 <361>; 129, 124 <178 f.>.

在歐元救援行動判決中，聯邦憲法法院甚至更進一步表示，對國際組織或外國政府提供財政援助，與預算法不同，不僅可以用一般國會保留為之，也否定在事實上或推定上侵犯到國會權限。民主原則（基本法第 20 條第 1 和第 2 項）及議會制，要求國會是對於決定收支自我負責的地方，考慮到國際和歐洲債務時也是一樣⁶。

„禁止德國眾議院將他的預算責任移轉到其他機關，沒有事先的根本同意，不成立具體有預算效力的債務...。關於決定收支的重大預算政策問題如果沒有德國眾議院的根本同意，或者跨國的法律義務沒有德國眾議院相應的意志決定作為基礎，那這樣國會將淪為單純制定的角色，而可能無法再行使其預算政策整體責任...。因此，在不影響基本法第 23 條第 2 項規定的參與之下，眾議院必須在歐盟領域，詳細地批准每一個影響支出的大規模的聯邦整體援助措施，如果涉及到跨國協議，由於它的規模可能對於預算法有結構上的重要性，此時應確保，對於可茲使用的資金，其種類與使用方式，有進一步充分的議會影響力⁷。“

dd) 早在 1990 年代初期，聯邦憲法法院以相同的方式也對軍事領域推動憲政體制結構的議會中心化。關於所謂*北約區域*外部署聯邦國防軍這方面的基本決定，被定性為「議會多數」（Parlamentsmehrheit）⁸，並置於眾議院權限這個概念之下，讓人聯想到英國內戰。德國不只是把關於國外軍隊部署的決定，在法律中明文規定議會參與權（議會參與法）⁹，甚至也要求基本法適用範圍外的德國軍隊部署也始終需要眾議院的同意（議會參與法第 1 條第 2 項）。由於這個原因，今天士兵在國會大廈前宣誓，藉此映入眼簾的視覺象徵，強調議會的中心角色。聯邦政府原則上只有在議會舉行公開辯論之後，才可以部署聯邦國防軍；這增加了使用武力的障礙，至少增加了時間成本。從比較憲法的觀點，聯邦政府相對於議會的地位，因此比起盟軍政府要較弱。

⁶ BVerfGE 129, 124 <178>; 130, 318 <344>.

⁷ BVerfGE 129, 124 <180 f.>; 130, 318 <344 f.>.

⁸ BVerfGE 90, 286 <382>.

⁹ BGBl. I 2005, 775.

b) 界限

另一方面，強調界限，也是加強議會作為我們政治制度的重心。基本法不承認議會一元論，和奧地利或波蘭不同¹⁰，也沒有規定全面法律保留¹¹，這是憲法釋義學的*固定旋律*。自 1970 年代和 1980 年代末以來，聯邦憲法法院反覆強調，議會不是公共利益定義下的唯一合法代表，儘管他是由人民直接選舉出來，但也沒有比其他國家機關擁有更多的民主正當性。這如同在博星判決（*Pershing-Urteil*）中所稱，「其所有功能（…），即便以不同方式，建構民主正當性，並在此基礎上組成權力分立」¹²。

特別在外交領域，意義深遠的、可能存在的決策專屬權也劃歸予行政權¹³。從傳統的家國觀念，基本法託付與政府在行使自我負責任務一個的廣泛裁量空間¹⁴：

「與其他國家交流，在國際組織、共同集體安全的國際機構和體系的代表（基本法第 24 條第 2 項）以及對外代表德國時確保整體國家責任（…）原則上落在行政權的職權範圍內，特別是聯邦政府。外交行為原則上劃分給行政職權領域，是基於假設，通常只有政府在體制上且長期有足夠的人力、物力和組織資源，得以迅速且準確地對多變的外部局勢作出反應，而且如此最得以滿足負責行使國家外交任務（…）。過度操作基本法所定的國家權力之分立與制衡的具體規範，擴張解釋聯邦眾議院的同意權或參與權，有可能不當縮減聯邦政府的外交及安全政策的執行能力，且不合乎功能最適的權力分立（…）。也不能以民主原則所導出的全面國會保留作為支持基礎¹⁵。」

回到「由議會政治論公民投票與憲法審判權之關係」這個題目，什麼對聯邦政府是合適的，對聯邦憲法法院就是適當的。憲法法官由議會選舉，亦即由依據聯邦憲法法院法第 6 條規定之委員會¹⁶，受立法與法律之拘束（基本權第 20 條第 3 項），以及在基本法中明定（基本法第 92 - 94 條）有關人員、物力和制度的合法性，確保民主正當性的程度，原則上不亞於其他憲法機關。

¹⁰ S. Biernat, Grundzüge des polnischen Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), IPE V (im Erscheinen), § 80 Rn. 170 ff.

¹¹ BVerfGE 49, 89 <124 ff.>; 68, 1 <87>.

¹² BVerfGE 68, 1 <89>.

¹³ BVerfGE 68, 1 <89>.

¹⁴ BVerfGE 49, 89 <125>; 104, 151 <207>; BVerfG, NVwZ 2012, 954 ff., Rn. 91.

¹⁵ BVerfG, NVwZ 2012, 954 <957>, unter Hinweis auf BVerfGE 49, 89 <124 ff.>; 68, 1 <87>.

¹⁶ BVerfG, NVwZ 2012, 967 ff.; zur Einordnung D. Wiefelspütz, Die Bundesverfassungsrichter werden vom Deutschen Bundestag direkt gewählt!, DÖV 2012, 961 ff.

2. 現實與侵蝕

憲法的現況有點偏離看似純樸美好的現實。現實中，議會並不是民主的中心。現實中，議會、議員時常處於如此壓力之下，那些在教科書、註釋書和文獻中所出現的，議會作為民主中心的設計，只近似於一個虔誠的心願，或者更糟，只是一句空話¹⁷。

a) 體制結構內真實的行政部門

aa) 事實上，儘管過去和現在，行政機關同樣可能不是我們民主的中心，然而卻是我們政治體制的重心。相較於國會，由於其優越的人力資源，她有不對等的職權優勢。目前有 749.140 個聯邦政府僱員¹⁸，聯邦眾議員全部的行政人員只有 2.600 個。不需要進一步的解釋，將近 75 萬人的專業知識當然比 2.600 人要好。政府的優勢人力資源特別是造成歸屬於國會的立法功能很大程度上被行政機關所決定，這已被廣泛研究¹⁹。大約二分之一到四分之三聯邦眾議院所提出的法案來自聯邦政府²⁰，而且甚至提案者是由來自聯邦眾議院中心的政府黨團所提出，通常不是由反對黨，常常被「玩過頭」，也就是說在部會中起草，然後由議會黨團提案。其原因各不相同，在聯邦層次這個程序常常在一讀時省略聯邦參議院²¹，或是像在邦層級，要克服政治聯盟的困境，議會黨團和其主角的形象，還有其他更多。

不論法拘束力，行政機關主要依據聯邦政府的政策指導執行預算（聯邦和邦預算基本原則法第 3 條第 1 項），此外擁有緊急預算權（基本法第 111 條）和授權超出預算及預算外支出的權限（基本法第 112 條）。因此行政機關實際上分配預算資源，古老德國諺語有云：「付錢的人決定。」想為他的選區爭取國家資源的議員可能也（保守的說）慷慨大方

¹⁷ Siehe dazu *P. M. Huber*, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 47 Rn. 28.

¹⁸ BMI (Hrsg.), Der öffentliche Dienst des Bundes. Daten zur Personalstruktur 2011, 2011, S. 7.

¹⁹ *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 196 f.; *P. M. Huber*, Staatsrecht, in: ders. (Hrsg.), ThürStVerwR, 2000, 1. Teil Rn. 199; *H. Maurer*, Die Mitwirkung der Exekutive bei der Gesetzgebung, in: Bauer/Hendler/Huber/Popowska/Rabska (Hrsg.), Entwicklungstendenzen des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Städtebaurechts, 1999, S. 109 ff.

²⁰ *J. Masing*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 17.

²¹ *J. Masing*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 18; kritisch ebenda, Rn. 100; ähnlich *T. Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 76 Rn. 25 f.

的投贊成票。特別好好觀察樂透資金在各邦的運用，其中還有像是可以用在消防員節慶之類的。這已被證實作為政府與其所屬黨團之間維護氣氛的檢驗工具。

聯邦政府在國際組織內、歐盟委員會內和面對其他國家時，同時對外代表德國。今天歐洲國家處於全球化時代和在無數多層級系統的情況下，自主決定毋寧為例外而非原則，在特定權力觀點下，這是一個很難被高估的優勢。當各國的議會始終只能得到被篩選過的國外和歐洲政治的重大訊息，不論是有意或無意，也不能加以檢驗，從一開始就已經是落後了²²。

bb) 政黨國家更是惡化了此一結果。在政府與反對黨之間的二元論，**Hans-Peter Schneider** 曾在 1970 年代已經說明²³，政府的權力相當決定性的仰賴總理或部會首長和黨魁，或者至少有（大聯盟）黨組織可供運作。因此他們通常能夠整合或控制支持他們的黨團。儘管在形式上黨團較不依賴於聯盟，議員只服從其良心（基本法第 38 條第 1 項第 2 句）²⁴；但事實上他們是所屬政黨在議會的手臂²⁵，反之，通常以黨領導為名，政黨決定候選人的提名，因此往往也決定議員的生計。政府部門和議員的相容性，激勵系統例如國會常任秘書機構²⁶或是議會的層級化²⁷，更是將焦點集中在政府首長上。許多邦政府的黨團主席，即使沒有表決權，但只要能坐在內閣會議桌旁，就進一步促成這樣的結果，政府和議會多數最終都被導往黨的軌道²⁸。

²² Dazu sogleich unter II.2.b.

²³ *H. P. Schneider*, Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1974.

²⁴ BVerfGE 70, 324 <362>; 84, 304 <322>.

²⁵ So deutlich für die Fraktionen im EP BVerfGE 129, 300 <327 ff.>.

²⁶ *P. M. Huber*, Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems, JZ 1994, 637 <692>.

²⁷ Zu den Funktionszulagen als Ausdruck dieser Hierarchisierung siehe BVerfGE 102, 224 ff.; BremStGH, NVwZ 2005, 929 ff.; ThürVerfGH, NVwZ-RR 2003, 793 ff. Auch das Zugriffsrecht der Fraktionsvorsitzenden auf die Flugbereitschaft der Bundeswehr kann hier genannt werden.

²⁸ *P. M. Huber*, Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems, JZ 1994, 637 <692>.

b) 近來不利於議會制的侵蝕趨勢

近來不利於議會制的侵蝕有增加趨勢，我特別想要強調其中兩個：私有化(aa)和歐洲化，亦即國際化(bb)。議會作為傳輸的中樞角色，對社會或個人的政治自決，如同義大利人所說的，議會作為民主責任解決政治的功能，已受到越來越大的壓力。

aa) 自 1989/90 年代轉變開始，私有化影響政治，並且在許多方面削弱議會的影響力，也藉此充分兼顧社會、公共利益與個人利益²⁹。想一想，只要提幾個最近的例子，現在要被買回的柏林自來水廠，飛航管制可能私有化（基本法第 87 d 條第 1 項），或是最早私有化的強制執行³⁰，在其他邦因而導致當事人被拘留比較久，以符合經營收益。

此外，公部門的裁員進一步導致部會行政部門現在幾乎沒有僱員完成必要的管理任務，這在某程度上也增加了議會的負擔。例如由英國 *Freshfields* 法律事務所草擬的金融市場穩定法(FMStG, FMStEG)，並不是由主管機關聯邦財政部自己所擬定。在邦層級也有類似的情況。誠然，借用律師事務所可能在個別情況下是有用的。然而應致力於民主法治和公共利益的部會行政部門，透過必然在商業活動上也非常成功而有興趣的律師，日益廣泛的使用替代品，是不正常的，與計劃法相比，至少必須要由議會對聯邦政府的法律草案有一個更加密集的審查。但政治、組織和人事似乎限制了意願和能力³¹。

bb) 關於歐洲化和國際化對議會制的影響，可以簡明扼要的總結如下：「輸家是國家議會³²。」特別是歐洲化導致越來越多的立法權力轉移至歐盟，在歐盟議會是由聯邦政府所掌控，而不是國會。這又可能是「玩過頭了」，把在國內無法實施的計劃帶到歐盟層級去，繞過聯邦參眾議院以及公眾。基本法第 23 條第 2 項至第 6 項規定、歐盟事務聯邦參眾議院整合責任法、歐盟事務聯邦政府與聯邦眾議院合作法，以及依據(舊) 歐盟事務聯邦政

²⁹ Siehe etwa P. M. Huber, Zur Renaissance des Staates, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Stelmach/Voßkuhle (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung, 2012, S. 35 <37 ff.>.

³⁰ Dazu BVerfGE 130, 76 <121>.

³¹ P. M. Huber, Zur Renaissance des Staates, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Stelmach/Voßkuhle (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung, 2012, S. 35 <39>.

³² P. Birkinshaw, British report, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, S. 205 <251>; P. M. Huber, Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtsetzung der Europäischen Union, 2001, S. 13.

府與聯邦眾議院合作法第 12 條聯邦政府與聯邦眾議院所定之協議，試圖提出對策。甚至透過歐盟條約第 12 條進行補充，各國議會在歐盟中的角色議定書，輔助性原則和比例原則的應用。然而，歐洲穩定機制和提升歐元競爭力公約的案例³³顯示，在期望與現實之間仍然存在著很大的差距。總之，這在未來是巨大的挑戰之一。

c) 法學上的認知落差和處理缺陷

法學當然幾乎沒有反映出這一結果。她迄今一直未能從政治學、社會學、經濟學的經驗得出見解（這些大體致力於獲得可靠的見解），發展出一個處理模式，並建立自己與相鄰學科的連接。法律到目前為止還沒有可靠的工具，可以適當地去處理真實結果，處理實然與應然之間的差異。就此，所謂新的行政法學³⁴，雖然與這裡感興趣的憲法關聯性較少，無論如何是令人不愉快的方式（把手指放在傷口上）。因為法學所要求的不僅僅是「與應用有關的解釋學」。治理研究，可能是廣泛地，以集中在規範結構之研究方式觸及一個重點，而且可能是一個重要的橋樑，去克服法學描述的欠缺³⁵。

III. 公民立法作為選擇性補充而非代議民主之替代品

1. 概說

基本法第 20 條第 2 項第 2 句規定，國家權力由人民選舉和投票行使之。這裡提到投票把基本法的直接民主手段拉到「總則規定」，例如基本法第 29、118、118a 和 146 條。只要受基本法第 79 條第 3 項所保護的核心身分未受到侵害，或是沒有進行邦重組，就不會有聯邦層級的公民投票。依現行有效的憲法，也不適合讓議會制受到壓力。

在邦層級也沒有什麼真的不同。儘管這裡有豐富的直接民主經驗，特別是長久以來不僅只在巴伐利亞邦。回顧自巴伐利亞憲法施行以來，巴伐利亞邦在過去 66 年公民創制的

³³ BVerfG, NVwZ 2012, 954 ff.

³⁴ A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 16 ff., 29 ff., 37 ff., 48.

³⁵ Siehe dazu etwa P. Badura, Konzeptionen europäischer und transnationaler Governance in der Perspektive des Verfassungsrechts, 2010, S. 23 f.; W. Hoffmann-Riem, Die Governance-Perspektive in der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, 2011, passim; G. F. Schuppert, Alles Governance oder was?, 2011, passim.

經驗，自從 1946 年起僅許可了 18 次的公民創制（*Volksbegehren*），9 次（由政府或國會所發起的）公民投票（*Referenden*）和 6 次（由人民所發起的）公民投票（*Volksentscheide*），而同時間內可能已經通過了四位數的邦法律。雖然沒有過多的門檻障礙，然而公民創制和公民投票的機制卻是成本相當高昂，從一開始無庸置疑它就是與國會立法激烈競爭。即使對於事件的過程基本上是同意的，但所需的提案人數和同意人數，辦公室的要件和時間限制，也讓人民不容易被動員。這尤其說明大多數的公民創制因欠缺必要的聯署簽名而無法成立。

2. 功能條件

經驗也顯示，除代表制外，得以還算順利地建立直接民主的有限可能性³⁶。

從「直接代議制」民主的基本決定，首先導出民意形成和議會決策的平等性，以及由議會和人民立法所制定的法律功能等價³⁷。由議會和由人民所制定的法律因此立於同等位階。這也與各邦憲法法院所確立的判例相符³⁸。由人民所制定的法律並沒有特別高的存續力。如同國家實務所顯示的，國會制定的法律同樣可能很快被修改，跟邦議會制定的法律一樣³⁹。例如在石勒蘇益格－荷爾斯泰因邦（*Schleswig-Holstein*）所謂的正寫法改革於 1998 年 9 月 27 日進行公投被否決，並且立法規定，應該要教「普遍接受的」正寫法，「長時間被人們所公認的且在多數通行書籍中所使用的」⁴⁰。此一規定僅僅九個月之後，又被 1999 年 9 月 21 日邦議會通過的法律廢止⁴¹。針對此所提起的憲法訴願，有人主張，

³⁶ P. M. Huber, *Parlamentarische und plebiszitäre Gesetzgebung im Widerstreit*, ZG 24 (2009), 311 ff.

³⁷ M. Borowski, *Parlamentsgesetzliche Änderung volksbeschlossener Gesetze*, DÖV 2000, 481 <489>; J. Caspar, in: ders./Ewer/Nolte/Waack (Hrsg.), *Verfassung des Landes Schleswig-Holstein*, 2006, Art. 42 Rn. 34, 36; K. David, *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, 2. Aufl. 2004, Art. 50 Rn. 15; T. Meder, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 3. Aufl. 1985, Art. 72 Rn. 1; M. Rossi/S. C. Lenski, DVBl. 2008, 416 <418>.

³⁸ Für Bayern: BayVerfGHE 29, 244 <265>; BayVerfGH, NVwZ-RR 2000, 401 <402>; für Berlin: BerlVerfGH, Beschl. v. 27. 10. 2008 – VerfGH 86/08 – juris, Rn. 78; für Bremen: BremStGH, NVwZ-RR 2001, 1 <2>; für Hamburg: HmbVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – HVerfG 06/04 – juris; Urt. v. 27. 04. 2007 – HVerfG 04/06 – juris, Rn. 95; für das Saarland: SaarlVerfGH, NVwZ 1988, 245 <248>; für Sachsen: SächsVerfGH, JbSächsOVG 6 (1998), 40 <42>; NVwZ 2003, 472 <473>.

³⁹ BayVerfGH, NVwZ 2000, 401 <402>; SächsVerfGH, NVwZ 2003, 472 <473>.

⁴⁰ § 4 Abs. 10 SchulG S.-H.; Änderungsgesetz vom 10. 12. 1998, GVOBl. S.-H. S. 366.

⁴¹ GVOBl. S.-H. S. 263.

不允許在同一個立法會期推翻公民投票的結果，但未被聯邦憲法法院所接受⁴²。在漢堡類似的程序，漢堡邦議會又修改了經過公民投票所修訂的選舉法⁴³。在此後法優先原則規範了議會制和直接民主的秩序關係。這也適用於，議會可以依據規定，在每次公民投票提出付諸表決的替代方案（例如巴伐利亞邦憲法第 74 條第 4 項）。

問題可能是，是否可能會有阻礙有利於公投的效果。這是有爭議的，然而在事實上是肯定的⁴⁴。因為阻礙效果會使代議制民主的優勢受到質疑，如果沒有存在相應的保護需求。而可能試圖操控議會多數會在下屆選舉中得到相當的懲罰⁴⁵。

3. 評估

面對全球化的挑戰和不透明權力觀點的壓力，人民創制不只是影響緩慢，從而能夠獲得接受⁴⁶。他也相對限制行政權增長，因為有可能否決政黨國家政策決定的合理性⁴⁷。

由於所需的相關費用，公民創制並非替代議會制，而是大多數時候做為選擇性的補充。因此如同經驗所顯示，公民創制並不挑戰議會制，反而穩定議會制。在奧地利 Zwentendorf 小鎮對於核電廠所舉行的公投，在此可以作為巴伐利亞邦禁菸令問題的案例參考。邦議會反覆嘗試也未能成功達成協議，甚至經聯邦憲法法院認可該規定也無法平息爭議，終於在 2010 年人民發聲了，現在即使在啤酒節也一樣執行禁菸令。

⁴² BVerfG, NJW 2000, 1104, allerdings unter Berufung auf eine fehlende Zuständigkeit.

⁴³ Volksentscheid vom 13. 06. 2004; Gesetz vom 05. 07. 2004, HmbGVBl. S. 313; Bürgerschafts-Drucks. 18/4339; Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Wahl zur hamburgischen Bürgerschaft, des Gesetzes über die Wahl zu den Bezirksversammlungen und des Bezirksverwaltungsgesetzes vom 19. 10. 2006, HmbGVBl. S. 519; HmbVerfG, Urt. v. 27. 04. 2007 – HVerfG 04/06 – juris.

⁴⁴ P. M. Huber, Parlamentarische und plebiszitäre Gesetzgebung im Widerstreit, ZG 24 (2009), 311 <315 ff.>.

⁴⁵ Zu einem entsprechenden Streit in Thüringen siehe die Dokumentation bei Wittreck (Hrsg.), Volks- und Parlamentsgesetzgeber: Konkurrenz oder Konkordanz? Dokumentation eines Thüringer Verfassungstreits, 2012.

⁴⁶ Zu diesem Gedanken S. Müller-Franken, Referendum versus Volksgesetzgebung, in Baus u. a. (Hrsg.), Perspektiven und Grenzen „direkter Demokratie“, 2012, S. 51 <60 f.>.

⁴⁷ P. M. Huber, Plebiszite, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Band I, 2013, § 60, S. 651 <656>.

IV. 憲法審判權 – 永恆的問題「誰會一直注意」？

1. 概說

自從 *Marbury v. Madison*⁴⁸ 案件以後，民主多數原則與司法審查間一直存在緊張關係。問題是，如同憲法審判權一樣古老的問題，如果重視康德的那句話，這是不可避免地，政治必須受到法律的約束⁴⁹。當中當然也有很多細微差別，從法國憲法委員會放棄控制關於政治問題原則的人民立法⁵⁰，到美國最高法院的司法自制⁵¹。

此外，德國嘗試在受實體法所影響之憲法理解的基礎上，去維護立法餘地，從在解決基本權衝突時對於形成空間的評估和預測之餘地，到設計禁止保護不足時之具體化餘地。自從共同決定判決⁵²以來，實務見解承認分級審查密度，視基本權被侵害的強度，從明顯性審查（Evidenzkontrolle）、可支持性審查（Vertretbarkeitskontrolle），到嚴格內容審查。1990 年代判例也將分級適用在平等原則的領域，如今在平等原則領域的審查密度更趨嚴格，當差別特徵與個人關聯性越強，越接近在基本法的 3 條第 2 項和第 3 項所規定的「禁止」差別待遇⁵³。若實體法標準最終失效，在程序化中也會有所偏離⁵⁴，這也是避免立法者受到過大的壓力。

這對德國來說是對的，因為以小徑方式避開緊張情勢，是特定的德國傾向政治「司法化」的結果。這源自古老帝國時代經驗，從當時帝國最高法院（Reichskammergericht）與帝國宮廷法院（Reichshofrat）的重要功能可見其端。影響更深遠的是在 19 世紀在德國產生了法治國⁵⁵，以法律優位和法律保留，讓中產階級忍耐著放棄了民主，我們對法的「信念」與透過法院解決衝突，逐漸成為準宗教儀式。民主在德國不再僅是國會中政治多數的鬥爭，也是借助法院來解決問題，特別是憲法審判權。

⁴⁸ U.S. Supreme Court 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴⁹ I. Kant, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, in: Werke in Zwölf Bänden, Band 7, S. 642: „Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.“

⁵⁰ CC No. 92-312 DC v. 02. 09. 1992, EuGRZ 1993, 193 <194> – Maastricht II.

⁵¹ C. Simons, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, 1999.

⁵² BVerfGE 50, 290 <333 f.>.

⁵³ Grundlegend BVerfGE 99, 367 <388 ff.>.

⁵⁴ Paradigmatisch BVerfGE 125, 175 <219> – Hartz IV.

⁵⁵ Siehe Friedrich Julius Stahl, Philosophie des Rechts, 3 Bände, 1830–1837.

2. 憲法法院支持國會

仔細觀察，這裡想像上議會制的反對者也是他的支持者。聯邦憲法法院就此是聯邦眾議院最大的「粉絲」，總是一直試圖將他拉回中間點。馬斯垂克判決也採用了此一觀點，因為移轉主權至歐盟而喪失的權限，必須透過整合計畫充分的設計加以補償⁵⁶，歐洲逮捕令的判決強調，轉換歐盟法的國會責任應有自由空間⁵⁷；里斯本判決特別強調國會的整合責任⁵⁸，同時在援助希臘和歐洲金融穩定基金判決⁵⁹、特別委員會判決⁶⁰、歐洲穩定機制條約（ESMV）和提升歐元競爭力公約（EPP）⁶¹草擬過程中國會之參與，以及對於歐洲穩定機制⁶²國會預算政策的整體責任，聯邦憲法法院比國會本身，以更多的熱情提出辯護。如果說有一個力量，確保國會作為民主的工具，並且試圖穩固它，那也只有聯邦憲法法院了。

V. 結語與評價

對法院而言，直接民主或憲法審判權皆非其競爭者。人們喜歡對於個案判決作爭執，但結果兩者都促進了議會制的穩定與發展，亦即，如果此二者都存在的話，將有助於議會制。從憲法審判權來看，提出這些問題，保護是否過猶不及，是否不屬於國會的政治自由裁量權，其功能是否無法實現。同時：議會制不是目的本身，而是由憲法所建立、而應加以維護的國家功能。如果基本法的國家非基於自己本身的意志，而是為人民意志而存在，那議會制更應是如此。

⁵⁶ BVerfGE 89, 155 <184 f.>.

⁵⁷ BVerfGE 113, 273 <300>.

⁵⁸ BVerfGE 123, 267 <347>.

⁵⁹ BVerfGE 129, 124 <178>.

⁶⁰ BVerfGE 130, 318 <344 f.>.

⁶¹ BVerfG, NVwZ 2012, 954 <960, 962 ff.>

⁶² BVerfG, NJW 2012, 3145 <3148 ff.>.